

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.642 van 27 juni 2017
in de zaak A. 216.697/IX-8694**

In zake: de NV MEDIALAAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joos Roets, Elke Cloots en Stefan Sottiaux
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Grotehondstraat 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Deene
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2 A bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 augustus 2015, strekt tot de nietigverklaring van beslissing nr. 2015/039 van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 11 mei 2015 waarbij aan de nv Medialaan een administratieve geldboete van 5000 euro wordt opgelegd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberghe heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 juni 2017.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joos Roets, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Nick De Wint, die *loco* advocaat Joris Deene verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het omroepprogramma VTM is een televisiezender uitgebaat door verzoekster.

3.2. De onderzoekscel van de verwerende partij voert een monitoring uit van de uitzendingen van 1 februari 2015 van 17.00u tot 23.00u door verschillende omroepen, waaronder VTM.

De onderzoekscel stelt vast dat tijdens de onderzochte periode korte reclameblokopeners – reclamebumpers – worden uitgezonden die verweven zijn met de eerstvolgende reclamespot, respectievelijk voor ‘Gillette’ en ‘bpost’:

“Omstreeks 17u50 wordt een sponsorvermelding voor ‘Oscillococcinum’ vertoond, waarna een reclamebumper volgt die verweven is met de eerste reclamespot ‘Gillette’. Na deze reclamespot volgen nog vier andere reclamespots.

Na de audio van de sponsorvermelding voor ‘Oscillococcinum’ volgt onmiddellijk de audio van de reclamespot ‘Gillette’.

De bumper met de tekst ‘vtm – reclame’ wordt gedurende 1,5 seconden beeldvullend getoond zonder visuele inmen[g]ing van de reclamespot ‘Gillette’. Daarna wordt de bumper gedurende 2,5 seconden visueel verweven met de reclamespot ‘Gillette’. Vervolgens wordt de reclamespot ‘Gillette’ gedurende 7 seconden beeldvullend getoond.

Omstreeks 20u13 wordt na de programma-aankondiging van een film eenzelfde reclamebumper getoond. Na de reclamespot ‘Gillette’ volgen nog vijf andere reclamespots.

[...]

Omstreeks 20u30 wordt een programma-aankondiging van een film vertoond, waarna een reclamebumper volgt die verweven is met de eerste reclamespot ‘bpost’. Na deze reclamespot volgen nog twee andere reclamespots.

Na de audio van de programma-aankondiging volgt onmiddellijk de audio van de reclamespot ‘bpost’.

De bumper wordt gedurende maximaal 1 seconde beeldvullend getoond zonder visuele inmen[g]ing van de reclamespot ‘bpost’. Er wordt géén tekst met ‘Reclame’ getoond. Daarna wordt de bumper gedurende 1,5 seconden visueel verweven met de reclamespot ‘bpost’. Vervolgens wordt de reclamespot ‘bpost’ gedurende 6 seconden beeldvullend getoond.”

Naar aanleiding hiervan legt de onderzoekscel op 4 maart 2015 aan de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) een onderzoeksrapport voor waarin zij voorstelt om verzoekster voor wat betreft de voormelde uitzendingen in een ambtshalve procedure te betrekken wegens inbreuk op artikel 79, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: het mediadecreet).

3.3. Op 9 maart 2015 beslist de algemene kamer van de VRM om op basis van het onderzoeksrapport tegen de verwerende partij een procedure op tegenspraak te starten.

In het kader van haar verweer betwist verzoekster dat er sprake is van een inbreuk op artikel 79, § 1, van het mediadecreet. Wel voegt zij daaraan het volgende toe:

“[...] Er is bijgevolg geen sprake van een inbreuk op artikel 79 § 1 van het Mediadecreet.

Medialaan erkent dat deze bumper niet conform is aan de policy die het sedert 1 januari 2015 hanteert waarbij een vaste duur voor de beeldvullende bumpers wordt vooropgesteld en het woord reclame op de bumper wordt vermeld. Deze bumper werd dan ook ten onrechte na 1 januari 2015 ingezet.

D. Bumpers bij Medialaan

Hoewel wij, zoals hierboven uiteengezet, van mening zijn dat deze verplichting niet in het Mediadecreet of in de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten is opgenomen, wenst Medialaan hierbij aan te geven dat reclamebumpers minimaal 2 seconden beeldvullend zullen worden uitgezonden. Op de beginbumpers zal ook het woord reclame worden vermeld. Dit had Medialaan ook reeds eerder aan de Regulator aangegeven. Dit alles uiteraard onder voorbehoud van eventuele wijzigingen die door de decreetgever zouden worden doorgevoerd.

Medialaan erkent dat bovenstaande bumpers niet de vooropgestelde duur hebben en één ervan het woord reclame niet vermeldt. Wij hebben bijkomende maatregelen genomen om er voor te zorgen dat toekomstige bumpers wel conform voormelde policy zullen zijn.”

3.4. Op 11 mei 2015 beslist de algemene kamer om aan verzoekster een administratieve geldboete van 5000 euro op te leggen. Dit is de bestreden beslissing. Ze steunt onder meer op de volgende overwegingen:

“10.1. Artikel 79, § 1, van het Mediadecreet schrijft voor dat televisiereclame duidelijk herkenbaar moet zijn en moet kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Reclame moet worden gescheiden van andere onderdelen van het programma met visuele en/of akoestische en/of ruimtelijke middelen.

Zoals Medialaan zelf aanvoert, blijkt uit de parlementaire voorbereiding bij deze bepaling, met verwijzing naar de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie, dat de doelstelling ervan is om te vermijden dat er bij de kijkers verwarring ontstaat tussen reclame en andere programmaonderdelen. (Parl.St. VI.Parl. 2008-2009, nr. 2014/1, 36).

Daaruit volgt dat het loutere feit dat van enig visueel en/of akoestisch en/of ruimtelijk middel gebruik wordt gemaakt om de reclame te scheiden van de programma's, op zich niet volstaat om aan de bepalingen van artikel 79, § 1, van het Mediadecreet te voldoen. De reclame moet door deze afscheiding of afbakening bovendien voor de kijker duidelijk herkenbaar zijn en kunnen worden onderscheiden van de redactionele inhoud. In die zin kan er dus gesproken worden van 'voldoende' of 'onvoldoende' onderscheid tussen reclame en de rest van de programmatie.

Zoals Medialaan aangeeft, wordt in artikel 79, § 1, van het Mediadecreet inderdaad geen minimumduur voor bumpers bepaald, noch wordt een verbod om de bumper te laten verweven in de reclamespot of de verplich-

te vermelding van het woord ‘reclame’ opgelegd. Bij de toetsing van een bepaalde uitzending aan artikel 79, § 1, van het Mediadecreet, moet telkens in concreto worden nagegaan of de gebruikte middelen om reclame te scheiden van andere onderdelen van het programma, doeltreffend zijn. Bij de beoordeling van deze elementen in een concrete zaak moet mogelijke verwarring bij de kijker als leidraad dienen.

10.2. Tijdens de onderzochte periode heeft Medialaan, zoals blijkt uit de beelden en het onderzoek, reclamebumpers uitgezonden die verweven zijn met de eerstvolgende reclamespot (voor ‘Gillette’ (tweemaal) en voor ‘bpost’). Deze bumpers zijn respectievelijk slechts 1,5 seconden met vermelding van ‘reclame’ en 1 seconde zonder vermelding van ‘reclame’ beeldvullend in beeld gebracht, alvorens ze visueel worden verweven met een reclamespot. Bovendien was er geen akoestische scheiding tussen de redactionele inhoud en het reclameblok.

De bij de onderzochte uitzendingen gebruikte middelen volstaan niet opdat de reclamespots duidelijk herkenbaar zouden zijn en kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud, zoals voorgeschreven in artikel 79, § 1, van het Mediadecreet. In voorliggend geval wordt niet vermeden dat bij de kijkers verwarring kan ontstaan tussen reclame en andere programmaonderdelen.

Met name het hanteren van zeer korte beginbumpers – korter dan 2 seconden – kan tot verwarring aanleiding geven, te meer wanneer het woord ‘reclame’ niet wordt vermeld.

Dit is ook het geval voor het gebruik van reclamebumpers die visueel worden verweven met de daaropvolgende reclamespot. Dergelijke bumpers zorgen niet voor een duidelijk herkenbare afbakening van reclame en redactionele inhoud.

Het feit dat – in het geval van de reclamespot voor ‘bpost’ – er een zelf-promotiespot tussen de reclame en het programma is gevoegd of dat de beginbumper geen audio van een reclamespot zou bevatten, doet daaraan geen afbreuk.

Uit het voorgaande volgt dan ook dat Medialaan inbreuken heeft begaan op artikel 79, § 1, van het Mediadecreet.

10.3. Bij het bepalen van de sanctie houdt de VRM rekening met het gegeven dat de schending van het principe van de scheiding van reclame en redactionele inhoud een ernstige inbreuk betreft.

De VRM houdt ook rekening met het gegeven dat Medialaan erkent dat de bovenstaande bumpers niet voldoen aan de policy die ze sedert 1 januari 2015 hanteert en aan de VRM heeft gemeld, waarbij een duur van 2 seconden voor beeldvullende bumpers wordt vooropgesteld en op de beginbumpers het woord ‘reclame’ wordt vermeld.

Een administratieve geldboete van enerzijds 2500 euro voor het hanteren van te korte beginbumpers bij reclameblokken en anderzijds 2500 euro voor het verweven van reclamebumpers met de eerstvolgende reclamespot is in dit geval een gepaste sanctie.”

IV. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

4.1. Het enige middel is genomen uit de schending van artikel 79, § 1, eerste lid, van het mediadecreet, van richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 ‘betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten’ (hierna ook: de richtlijn audiovisuele mediadiensten), “meer bepaald artikel 19, alinea 1 van deze richtlijn, mede geïnterpreteerd in het licht van de overwegingen nrs. 80 en 81 van de richtlijn”, van “[de] vrijheid van handel en nijverheid, zoals grondwettelijk gewaarborgd door het Decreet d’Allarde van 2-17 maart 1791”, van de materiële motiveringsplicht, van de formele motiveringsplicht, van het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel.

4.2. Verzoekster merkt op dat noch het mediadecreet noch de richtlijn audiovisuele mediadiensten een minimumduur oplegt voor de zogenaamde reclamebumpers, die instaan voor de scheiding tussen redactionele inhoud en reclameboodschappen. Ook is de vermelding van het woord ‘reclame’ niet verplicht. Evenzeer leggen de voornoemde bepalingen allerminst een verbod op om de reclamebumpers te laten verweven met een nadien volgende reclamespot. Het scheidingsbeginsel is de enige maatstaf op basis waarvan reclamebumpers mogen worden beoordeeld, en desgevallend bestraft.

4.3.1. Volgens verzoekster valt bezwaarlijk in te zien welke verwarring de geïmagineerde bumpers zouden creëren bij de doorsneekijker en voldoen ze aan het scheidingsbeginsel:

“- De reclamebumper die om 17u50 en 20u13 werd uitgezonden [...] creëerde een duidelijke visuele scheiding aan de hand van een beeldvullende bumper van 1,5 seconden, alsook door vermelding van het woord ‘reclame’, waarmee letterlijk werd aangekondigd dat er reclamespot(s) gingen volgen.

Qua audio klonken er tijdens deze bumper weliswaar reeds enige ‘generieke’ elektrische gitaarakkoorden (zonder voice-over), doch deze akkoorden konden geenszins als reclame worden ‘herkend’. Het feit dat deze gitaarakkoorden verder speelden ná het einde van de bumper, en ná het einde van de bumper werden gecombineerd met een voice-over, doet geen afbreuk dat zij tijdens de bumper nog ‘neutraal’ waren, en bijdroegen aan de scheiding (d.m.v. een auditief contrast) met de voorgaande inhoud van de programmatie.

Daarbij moet temeer worden vermeld dat de reclamebumper om 20u13 vooraf werd gegaan door een zgn. ‘zelfpromotiespot’ en om 17u50 door een sponsorboodschap, hetgeen de graad van scheiding tussen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame nog accentueerde.

- Ook de reclamebumper die om 20u30 werd uitgezonden [...] creëerde een duidelijke visuele scheiding, aan de hand van een beeldvullende bumper van 1 seconde met een geanimeerd logo van de televisiezender (‘VTM’).

Tijdens deze bumper was ook geen audio te horen, wat eveneens bijdroeg aan de scheiding (d.m.v. een auditief contrast) met de voorgaande inhoud van de programmatie. Aan het einde van de bumper begint wel het geluid van ‘geldgerinkel’ (zonder voice-over), doch dit geluid is ‘neutraal’ en valt op zichzelf geenszins te ‘herkennen’ als reclame.

Daarbij moet temeer worden vermeld dat de reclamebumper vooraf werd gegaan door een zgn. ‘zelfpromotiespot’; hetgeen de graad van scheiding tussen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame nog accentueerde.”

4.3.2. De beschrijving van de bewuste spots in de bestreden beslissing is volgens verzoekster ten dele niet feitelijk correct. In weerwil van wat de VRM beweert, was er een duidelijke akoestische scheiding tussen de redactionele inhoud en het reclameblok.

4.3.3. De inhoudelijke beoordeling die de VRM vervolgens maakt van de feiten, is zeer summier en steunt enkel op de abstracte standaarden die door de VRM eenzijdig werden opgelegd aan de omroeporganisaties in een schrijven van 9 maart 2015.

Verzoekster bekritiseert de eerste beoordeling in de bestreden beslissing waarin staat dat “het hanteren van zeer korte beginbumpers – korter dan 2 seconden – tot verwarring aanleiding kan geven, te meer wanneer het woord ‘reclame’ niet wordt vermeld”. Deze beoordeling draagt inhoudelijk géén concrete elementen aan dat deze beginbumpers in de gegeven omstandigheden

daadwerkelijk en per definitie te kort zijn voor het doelpubliek. De stelling gaat enkel uit van de subjectieve appreciatie van de leden van de algemene kamer en berust noch op concrete wetenschappelijke gegevens – bijvoorbeeld inzake cognitieve reactietijden – noch op een bevraging van het doelpubliek, noch op ontvangen klachten. De briefwisseling tussen verzoekster en de algemene kamer, waarin verzoekster voorstelt om in de toekomst reclamebumpers te hanteren van minimum twee seconden, die ook het woord ‘reclame’ vermelden, houdt volgens verzoekster als zodanig geenszins een erkenning in dat kortere bumpers of bumpers zonder het woord ‘reclame’, per definitie verwarrend zouden zijn. Wat de vermelding van het woord ‘reclame’ betreft, werd deze eis expliciet uit het mediadecreet verwijderd wegens te streng.

De tweede beoordeling is volgens verzoekster nog problematischer. De verwerende partij stelt dat de verweving tussen een reclamebumper en de daaropvolgende reclamespot stéeds een inbreuk maakt op het scheidingsbeginsel, en dus nooit kan worden toegestaan. De verwerende partij behandelt de verweving tussen reclamebumpers en de daaropvolgende reclamespot bijgevolg als een afzonderlijk vergrijp, dat los staat van de duur en de vorm van de reclamebumper. De tweede beoordeling betreft een blinde toepassing van de algemene regels die door de verwerende partij eenzijdig werden opgelegd bij brief van 9 maart 2015. Er valt evenwel niet in te zien waarom de verweving tussen een reclamebumper en de navolgende reclamespot per definitie een inbreuk maakt op het scheidingsbeginsel.

Het absolute verbod op verweving is dus noch noodzakelijk, noch pertinent. Verzoekster meent dat in geval een reclamebumper minstens twee seconden beeldvullend wordt getoond met vermelding van het woord ‘reclame’, er van een scheiding sprake is. Het is niet duidelijk waarom er in dat geval geen verweving kan zijn. Het absolute verbod op verweving maakt bovendien een manifeste schending uit van artikel 19 van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. Het verbod fnuikt immers de ontwikkeling van vernieuwende reclamebumpers en verweavingsvormen en doet alzo afbreuk aan een bloeiende nieuwe reclametechniek.

niek. In zoverre de Raad van State evenwel het tegendeel zou menen, vraagt verzoekster de navolgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie:

“Moet artikel 19 van de Richtlijn ‘audiovisuele mediadiensten’ (2010/13/EU), mede rekening houdend met overwegingen nr. 80 en nr. 81 van de considerans, aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale wettelijke regeling in alle gevallen het gebruik verbiedt van reclamebumpers die visueel worden verweven met de daaropvolgende reclamespot?”

Voorts betoogt verzoekster dat het absolute verbod ook inbreuk maakt op de “vrijheid van handel en nijverheid”.

Wat ten slotte de derde beoordeling betreft, merkt verzoekster op dat deze geen draagkrachtige elementen toevoegt aan de motieven van de bestreden beslissing. De VRM stelt in deze beoordeling enkel dat “het feit dat – in het geval van de reclamespot voor ‘bpost’ – er een zelfpromotiespot tussen de reclame en het programma is gevoegd of dat de beginbumper geen audio van een reclamespot zou bevatten” geen afbreuk doet aan de geldigheid van de twee eerste beoordelingen. Vooreerst is deze derde beoordeling irrelevant, voor zover genoeglijk is aangetoond dat de twee eerste beoordelingen reeds op zichzelf onregelmatig zijn. Voorts is deze derde beoordeling incorrect. Een zelfpromotiespot en het gebrek aan audio zijn relevant omdat dit de scheiding tussen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame accentueert.

5.1. In de memorie van antwoord betwist de verwerende partij dat de techniek van verweving van een reclamebumper met opeenvolgende spots als een nieuwe reclametechniek moet worden beschouwd in de zin van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. De bedoelde verweving is volgens haar eerder een “verbeterde animatietechniek”, een “beeldtechniek” of nog, een “visuele techniek”. Alleen om die reden al faalt volgens de verwerende partij het standpunt dat de bestreden beslissing een schending uitmaakt van artikel 79, § 1, van het mediadecreet of van artikel 19.1 van de richtlijn.

Ten overvloede wijst de verwerende partij erop dat geen ontvankelijk middel is te ontwikkelen wegens beweerde strijdigheid van een beslissing met een Europese richtlijn die al werd omgezet in het recht van de lidstaat, tenzij de verzoekende partij duidelijk aanvoert dat die omzetting incorrect en dus zelf onwettig is verricht. Aangezien verzoekster nalaat dit aan te voeren, is het middel onontvankelijk in zoverre het de strijdigheid met de richtlijn inroept. Evenmin is er reden om in te gaan op de suggestie om een prejudiciële vraag te stellen.

5.2. De verwerende partij betwist vervolgens het standpunt dat de verweven reclamebumper geen verwarring zou scheppen. Of de verweving tot verwarring aanleiding geeft, moet altijd *in concreto* worden onderzocht. Verdedigen – zoals verzoekster doet – dat artikel 79, § 1, van het mediadecreet niet toelaat of minstens niet zou mogen toelaten dat de bedoelde reclamebumpers voorwerp uitmaken van een bestuurlijke sanctie, net omdat ze toepassing maken van de verwevingstechniek, is niet met die bepaling in overeenstemming te brengen. Voor zover verzoekster in voormelde zin de strijdigheid van de bestreden beslissing met artikel 79, § 1, van het mediadecreet aanvoert, is het enige middel dus ongegrond.

Volgens de verwerende partij volgt uit een analoge toepassing van de rechtspraak van de Raad van State in verband met *splitscreen* reclame en zijn rechtspraak in verband met publi-reportages dat een reclamebumper, verweven in de navolgende reclamespot, duidelijk zijn bumperfunctie verliest en op die manier het intrinsieke gevaar voor verwarring verhoogt:

“Een dergelijke reclamebumper wordt niet alleen ruimtelijk (bv.: het gebruik van een scheermesje dat de beeldvullende ‘bumper’ als het ware ‘wegscheert’ om vervolgens te figureren in de navolgende reclamespot omtrent scheermesjes) maar ook akoestisch (een audio die overgaat in de navolgende reclamespot, te meer als die audio gekend is in combinatie met een specifieke reclamespot zoals het pianostuk ‘Struggle for life’ van Wim Mertens – de Proximus-reclame van algemene bekendheid) één geheel met de reclamespot. De ‘verwevingstechniek’ doet in zo’n toepassing de eigenlijke reclamebumper volledig te niet als optische scheiding tussen redactionele inhoud en reclame tijdens de uitzending. Het ontnemt, met

andere woorden, iedere functionele relevantie aan het wezen van de bumper, althans in het licht van het scheidingsdoel.

[...]

Veeleer dan een scheiding te illustreren of te determineren, suggereert het dus eigenlijk een continuüm over de verschillende beeldinhouden heen, en creëert het bijkomend verwarringsrisico in plaats van die het hoofd te bieden. In voorliggend geval brengt de toegepaste ‘verweving’ dus mee dat de redactionele inhoud van een uitzending, zonder enige vorm van scheiding uitmondt in het reclameblok, vaststelling die de onverstaanbaarheid met het scheidingsbeginsel onmiskenbaar duidelijk maakt.”

5.3. Voor zover verzoekster aanvoert dat de bestreden beslissing zou verplichten tot een temporele scheiding of het inzetten van welbepaalde scheidingsmiddelen, mist het middel feitelijke grondslag. De verwerende partij stelt dat bij de bumpers in kwestie geen visuele of akoestische scheidingsmiddelen zijn gehanteerd, zodat noodzakelijk enkel de ruimtelijke scheidingselementen resten om de naleving van het scheidingsbeginsel en het bestaan van verwarringsgevaar te beoordelen.

De verwerende partij wijst ook erop dat verzoekster niet betwist dat een te korte reclamebumper zijn zin verliest als middel van optische scheiding tussen redactionele inhoud en reclame.

Aangezien de beoordeling daarenboven niet is beperkt tot de vaststelling dat de reclamebumpers minder dan twee seconden duren, maar integendeel dit gegeven zo is uitgewerkt dat het de relatie verduidelijkt tussen de concrete kenmerken van de uitzending en de ingezette scheidingsmiddelen, voegt zij evenmin iets toe aan de voorwaarden die de decreetgever in het licht van het scheidingsbeginsel vooropstelt en bezondigt zij er zich ook niet aan om zelf een regel van algemene toepassing te creëren zonder het decretaal verplichte onderzoek *in concreto* te voeren.

Ook verzoekster erkent volgens de verwerende partij dat een reclamebumper minimaal twee seconden lang dient te duren opdat ze enig scheidingseffect met zich kan meebrengen, getuige de wijziging in haar bedrijfsbeleid vanaf 1 januari 2015.

Bij één van de spots was dan nog niet eens het woord ‘reclame’ vermeld. Dit was, anders dan verzoekster het ziet, geen decisief element maar wel een bijkomende indicie voor het nemen van de bestreden beslissing.

De gitaarakkoorden die overlopen in de reclamespot van Gillette en het geldgerinkel dat overloopt in de reclamespot van Bpost, kunnen niet als neutraal worden beschouwd. Er is een inherente connotatie tussen het akoestisch aspect en het voorwerp van de reclameboodschap.

5.4. De bestreden beslissing verbiedt noch beperkt het recht van verzoekster om, in overeenstemming met de wettelijke voorschriften, de ruimst mogelijke vrijheid van ondernemen te genieten. Die vrijheid mag door de overheid worden beperkt en verzoekster laat na “aan te voeren (althans op een manier die Verwerende partij toelaat dit in het verzoekschrift te ontwaren) hoe de bestreden beslissing zonder legitiem doel (vermijden van verwarringsgevaar in toepassing van het scheidingsbeginsel) of zonder enige maat van evenredigheid, in het voorliggende geval de bestuurlijke sanctie heeft opgelegd”. In de mate dat het is betrokken op strijdigheid met de vrijheid van handel en nijverheid is het enige middel volgens de verwerende partij onontvankelijk.

5.5. Ook de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel is volgens de verwerende partij niet ontvankelijk, “nu Verzoekende partij zich vergenoegt in het middel de schending van het redelijkheidsbeginsel aan te voeren, weze het zuiver generiek, en er voor het overige in het verzoekschrift het zwijgen toe doet hoe de bestreden beslissing, inzonderheid welk aspect er van, het redelijkheidsbeginsel dan wel concreet geschonden zou hebben”.

6.1. Verzoekster argumenteert in haar repliek uitvoerig dat de betrokken bumpersponsoring als nieuwe reclametechniek moet worden gekwalificeerd.

6.2. Zij preciseert dat zij niet beoogt de rechtstreekse schending aan te voeren van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. Zij beroept zich op artikel 79, § 1, eerste lid, van het mediadecreet, maar betoogt enkel dat deze nationale bepaling richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd en dat daaromtrent in voorkomend geval een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moet worden voorgelegd.

6.3. Wat de verweving van de geviseerde reclamebumpers met de navolgende reclamespot betreft, wijzigt de verwerende partij volgens verzoekster diametraal van koers. Daar waar zij voorheen – in de beleidslijn van 9 maart 2015 en in de bestreden beslissing – uitging van een absoluut verbod, stelt zij in de memorie van antwoord dat er van een absoluut verbod geen sprake is. Deze “intrekking van het algemene verbod op verweving” is niet van aard de nietigheid van de bestreden beslissing te dekken. De bestreden beslissing bevat immers, naast de loutere weergave van het absolute verbod, geen enkele concrete motivering waarom de verweving tussen de geviseerde reclamebumpers en de navolgende reclame *in casu* verwarrend zou zijn.

Pas in de memorie van antwoord reikt de verwerende partij volgens verzoekster voor het eerst motieven aan. Deze *post factum* motivering kan evenwel niet worden aanvaard: ze is te laat in het licht van de formelemotiveringsplicht en ze is bovendien niet deugdelijk. Dergelijke inhoudelijke motieven waren – blijkens de bestreden beslissing – eenvoudigweg niet voorhanden toen de bestreden beslissing werd genomen. Meer nog, ook in het administratief dossier is geen spoor terug te vinden van enige motivering waarom de verwerende partij de verweving tussen de geviseerde reclamebumpers en de navolgende reclame verwarrend achtte.

Verzoekster legt nog uit waarom de door de verwerende partij aangehaalde rechtspraak van de Raad van State omtrent *splitscreen* technieken en publi-reportages niet relevant is voor de huidige zaak.

6.4. Wat de duurtijd en de vorm van de geïmagineerde reclamebumpers betreft, geeft de verwerende partij geen antwoord op de observatie dat de louter overweging “dat bumpers van minder dan 2 seconden verwarrend kunnen zijn” inhoudelijk géén concrete elementen aandraagt om te oordelen dat de voorliggende bumpers (van 1 resp. 1,5 seconde) daadwerkelijk en per definitie “te kort” waren voor het doelpubliek. Dit betekent volgens verzoekster dat de beoordeling louter is gesteund op een abstracte en arbitraire veronderstelling van de leden van de algemene kamer. Verzoekster merkt nog op dat de verweving met de navolgende reclamespot net geen verkortend, maar een verlengend effect had ten aanzien van de bumpers, omdat het wezenlijke kenmerk van de bumper – het zenderlogo of het woord ‘reclame’ – tijdens de verwevingsfase nog verder werd getoond aan de kijkers. Zodoende werden die wezenlijke bumper-elementen telkens gedurende méér dan twee seconden getoond aan het publiek. De verwerende partij heeft ten onrechte nagelaten om met dit belangrijke element rekening te houden.

6.5. Wat de positie van de reclamebumpers in de avondprogrammering en het scheidend effect van de voorafgaande zelfpromotiespot of sponsorboodschap betreft, miskent de verwerende partij de logische bevinding dat sponsorboodschappen of zelfpromotiespots wel degelijk kunnen gelden als visuele middelen die kunnen bijdragen tot de scheiding.

6.6. Op basis van het administratief dossier blijkt volgens verzoekster dat de beslissing niet steunt op een zorgvuldige feitengaring. In het administratief dossier is geen enkel spoor terug te vinden van enige concrete evaluatie van de betrokken reclamebumpers. Uit het administratief dossier kan op geen enkele manier worden opgemaakt dat de algemene kamer daadwerkelijk zelf de beeldfragmenten van de bewuste reclamebumpers zou hebben bekeken om het verwarrend karakter te beoordelen. De algemene kamer heeft een vergewisplicht ten aanzien van het vooronderzoek en het advies van de onderzoekscel.

7.1. In haar laatste memorie vestigt verzoekster ’s Raads aandacht erop dat het hem in het kader van zijn “volle rechtsmacht” toevalt “om – in het

kader van zijn beoordeling van punitieve beslissingen (zoals de bestreden beslissing) – een wettigheidstoezicht uit te oefenen waarbij álle feitelijke en álle juridische elementen eigen aan de zaak het voorwerp uitmaken van zijn beoordeling”.

Dit impliceert volgens verzoekster dat de Raad van State, ter controle van de opgelegde administratieve boete, zelf moet kunnen beoordelen of de geviseerde reclamebumpers en de bumpersponsoring tijdens deze bumpers al dan niet in redelijkheid hebben voldaan aan het scheidings- en herkenbaarheidsbeginsel dat wordt opgelegd door artikel 79, § 1, van het mediadecreet *juncto* artikel 19, lid 1, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. Het behoort tot de essentie van de “toetsing met volle rechtsmacht” dat de Raad zelf kan beoordelen of de algemene kamer terecht een schending van het mediadecreet heeft vastgesteld.

Verzoekster wijst erop dat de Raad de administratieve sanctie mag vernietigen, maar niet hervormen. Dit gebrek aan hervormingsbevoegdheid, wat betreft de beoordeling van administratieve sancties, is volgens verzoekster problematisch in het licht van de vereiste van “volle rechtsmacht” in de zin van artikel 6 EVRM. Verzoekster verwijst ook naar het verschil in bevoegdheid bij beroepen in volle rechtsmacht als bedoeld in artikel 16, eerste lid, 8°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De decreetgever heeft de beroepen inzake de administratieve sancties die door de VRM opgelegd kunnen worden noch aan de Raad van State, noch aan een ander rechtscollege toegewezen “in volle rechtsmacht”, wat verzoekster verstaat als de bevoegdheid “om de administratieve geldboeten [...] op alle feitelijke en juridische punten te beoordelen en te hervormen”. Het mediadecreet, dan wel artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is om die reden volgens verzoekster strijdig met artikel 6, lid 1, EVRM en de artikelen 12, tweede lid, en 13 van de Grondwet. Verzoekster meent dat hieromtrent prejudiciële vragen, die zij formuleert, aan het Grondwettelijk Hof voorgelegd moeten worden.

7.2. Vervolgens gaat verzoekster nog uitvoerig in op het auditoraatsverslag en handhaaft zij haar standpunten.

Beoordeling

a. de bevoegdheid van de Raad van State

8. Verzoekster beweert terecht niet dat de Vlaamse regulator zelf moet beantwoorden aan de vereisten die worden gesteld door artikel 6 EVRM. Het volstaat immers dat tegen de administratieve sancties die door de VRM worden opgelegd een beroep openstaat bij een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie met ‘volle rechtsmacht’ in de zin waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat begrip verstaat.

9. Het recht op een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht houdt in dat deze rechterlijke instantie kan nagaan of de beslissing van de VRM in rechte en in feite verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die hij in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd. Dat recht houdt minstens in dat hetgeen tot de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechter valt. Bij zijn controle mag de rechter zich evenwel niet begeven op het terrein van de opportuniteit, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges.

10. Tegen de beslissing van de VRM kan verzoekster, zoals zij heeft gedaan, overeenkomstig artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een beroep tot nietigverklaring instellen bij de Raad van State.

11. Het standpunt dat de Raad van State een rechtscollege is dat – óók indien hij kennis neemt van beroepen over administratieve geldboetes – een daadwerkelijke jurisdictionele waarborg biedt in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM, werd reeds bij herhaling door het Grondwettelijk Hof bevestigd, zoals

nog recent in zijn arrest nr. 25/2016 van 18 februari 2016. In dit arrest oordeelde het Hof onder meer:

“[...] dat de Raad van State bij de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet enkel onderzoekt of er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten. Hij dient daarentegen daadwerkelijk een grondig toezicht te verrichten, in rechte en in feite, van de bestreden beslissing en van de evenredigheid ervan. De loutere omstandigheid dat hij niet over een wijzigingsbevoegdheid beschikt, volstaat in die omstandigheden niet om te besluiten dat de controle die hij uitoefent, niet beantwoordt aan de vereisten van de toetsing met volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.”

12. De overigens zeer laat in de procedure opgeworpen vraag of verzoekster bij dit rechtscollege beschikt over de garantie op een volwaardige jurisdictionele toetsing hoeft dan ook niet andermaal aan het Grondwettelijk Hof te worden voorgelegd (artikel 26, § 4, tweede lid, 1°, *juncto* artikel 26, § 2, tweede lid, 2°, Bijz.W. 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’).

b. ontvankelijkheid van het middel

13. Artikel 19, lid 1, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten is in de Vlaamse wetgeving omgezet door artikel 79 van het mediadecreet. Verzoekster voert niet aan dat de omzetting niet correct, niet volledig of laattijdig zou zijn gebeurd, zodat zij niet rechtstreeks de schending van deze bepaling uit de richtlijn kan aanvoeren. Voor zover het middel van het tegendeel uitgaat, faalt het naar recht.

14. Verzoekster laat na toe te lichten op welke wijze de formelemotiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel geschonden zouden zijn ingevolge de bestreden beslissing, zodat het middel in zoverre niet ontvankelijk is.

15. Al is verzoekster zonder meer overtuigd dat het zogenaamde decreet d’Allarde van 2-17 maart 1791 ‘tot afschaffing van het gildewezen’ “grondwettelijke” status verdient, dan verliest zij blijkbaar uit het oog dat dit de-

creet dan toch met ingang van 11 december 2013 opgeheven is geworden bij de wet van 28 februari 2013 ‘tot invoering van het Wetboek van economisch recht’. In acht genomen daarenboven dat de vrijheid van ondernemen niet kan worden opgevat als een absolute vrijheid maar aan beperkingen mag worden onderworpen, volstaat de vaststelling dat verzoekster nalaat dit middelonderdeel meer specifiek uit te werken, om te besluiten dat het middel ook in die mate niet voldoet aan de vereisten die er inzake ontvankelijkheid aan worden gesteld.

16. Uit wat voorafgaat volgt, dat het middel enkel ontvankelijk is en dus hierna nog enkel wordt onderzocht voor zover erin de schending wordt aangevoerd van artikel 79, § 1, van het mediadecreet, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

c. het hanteren van zeer korte beginbumpers

17. Artikel 79, § 1, eerste lid, van het mediadecreet luidt:

“Televisiereclame, zelfpromotie uitgezonderd, en telewinkelen moeten duidelijk herkenbaar zijn en moeten kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Zonder afbreuk te doen aan het gebruik van nieuwe reclametechnieken, moeten reclame en telewinkelen met visuele en/of akoestische en/of ruimtelijke middelen van andere onderdelen van het programma worden gescheiden.”

Met uitzondering van zelfpromotie is deze bepaling een haast woordelijke overname van artikel 19, lid 1, richtlijn audiovisuele mediadiensten:

“Televisiereclame en telewinkelprogramma’s dienen duidelijk herkenbaar te zijn en te kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Zonder afbreuk te doen aan het gebruik van nieuwe reclametechnieken dienen televisiereclame en telewinkelprogramma’s met visuele en/of akoestische en/of ruimtelijke middelen van andere onderdelen van het programma te worden gescheiden.”

18. De eerste volzin van die bepaling stelt twee principevereisten, te weten dat televisiereclame en telewinkelprogramma’s duidelijk herkenbaar zijn en dat ze kunnen worden onderscheiden van de redactionele inhoud, en dus van

de televisieprogramma's. Deze vereisten hebben de bescherming van de consument als kijker tot oogmerk (HvJ, nr. C-314/14, 17 februari 2016, Sanoma Media Finland Oy/Nelonen Media / Viestintävirasto, punt 30 en 34, met verwijzingen).

19. Naar het oordeel van de Raad van State vormt de strikte scheiding tussen redactionele inhoud en commerciële boodschappen één van de essentiële uitgangspunten van de Vlaamse en de Europese mediaregelgeving. Aangenomen wordt dat dit voorschrift een doelstelling van algemeen belang beoogt, namelijk vermijden dat er verwarring ontstaat tussen reclame, telewinkelen en andere programmaonderdelen.

20. Terecht stelt de verwerende partij in de bestreden beslissing het volgende:

“Zoals Medialaan zelf aanvoert, blijkt uit de parlementaire voorbereiding bij deze bepaling, met verwijzing naar de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie, dat de doelstelling ervan is om te vermijden dat er bij de kijkers verwarring ontstaat tussen reclame en andere programmaonderdelen. (Parl.St. VI.Parl. 2008-2009, nr. 2014/1, 36).

Daaruit volgt dat het loutere feit dat van enig visueel en/of akoestisch en/of ruimtelijk middel gebruik wordt gemaakt om de reclame te scheiden van de programma's, op zich niet volstaat om aan de bepalingen van artikel 79, § 1, van het Mediadecreet te voldoen. De reclame moet door deze afscheiding of afbakening bovendien voor de kijker duidelijk herkenbaar zijn en kunnen worden onderscheiden van de redactionele inhoud. In die zin kan er dus gesproken worden van 'voldoende' of 'onvoldoende' onderscheid tussen reclame en de rest van de programmatie.

Zoals Medialaan aangeeft, wordt in artikel 79, § 1, van het Mediadecreet inderdaad geen minimumduur voor bumpers bepaald, noch wordt een verbod om de bumper te laten verweven in de reclamespot of de verplichte vermelding van het woord 'reclame' opgelegd. Bij de toetsing van een bepaalde uitzending aan artikel 79, § 1, van het Mediadecreet, moet telkens in concreto worden nagegaan of de gebruikte middelen om reclame te scheiden van andere onderdelen van het programma, doeltreffend zijn. Bij de beoordeling van deze elementen in een concrete zaak moet mogelijke verwarring bij de kijker als leidraad dienen.”

21. De toetssteen is met andere woorden niet, zoals verzoekster betoogt, dat moet worden bewezen dat bij kijkers effectief verwarring ontstaat. Het scheidings- en herkenbaarheidsbeginsel beoogt net verwarring bij kijkers te

vermijden – dat is: voorkomen; ontwijken; schuwen – en om een schending van artikel 79 van het mediadecreet vast te stellen volstaat het dus indien zulk risico aannemelijk wordt geacht. Om na te gaan of door een omroep de hand wordt gehouden aan het beginsel van de herkenbare scheiding van reclame en redactionele inhoud dient de verwerende partij te onderzoeken of er bij de vastgestelde feiten een ‘voldoende’ of ‘onvoldoende’ scheiding is en aldus al dan niet verwarring vermeden is. Verzoeksters poging om de lat voor de verwerende partij hoger te leggen – inclusief “concrete wetenschappelijke gegevens [...] inzake cognitieve reactietijden”, “een bevraging van het doelpubliek” of “ontvangen klachten” – wordt niet bijgevalen.

22. In dat licht is het aannemelijk, ten einde de herkenbaarheid van reclame en onderscheid tussen redactionele inhoud en reclame te bewerkstelligen, om bumpers die minder lang dan twee seconden beeldvullend in beeld komen, al dan niet met een leesbare vermelding ‘reclame’, in beginsel als te kort en dus potentieel verwarringstichtend te beschouwen en zelfs om daaromtrent een algemene gedragslijn aan te nemen, wat de verwerende partij op 9 maart 2015 in de volgende bewoordingen heeft gedaan na consultatie van de betrokken omroepen:

- “- De algemene kamer gaat ervan uit dat men van een duidelijk herkenbare afbakening van reclame en redactionele inhoud kan spreken wanneer de beginbumper minstens 5 seconden beeldvullend wordt getoond;
- Afwijkend hiervan is er ook sprake van een duidelijk herkenbare afbakening van reclame en redactionele inhoud wanneer de beginbumper minstens 2 seconden beeldvullend wordt getoond en op de beginbumper het woord ‘reclame’ vermeld wordt in een grootte die voor de doorsnee kijker gemakkelijk leesbaar is;
- Beeldvullend tonen houdt in dat het gehele scherm wordt gevuld, zonder in deze vijf of twee seconden gebruik te maken van ‘wipes’.”

Dergelijke beleidslijn welke aan de betrokken omroepen uiteenzet op welke wijze het bestuur zich in beginsel in concrete dossiers zal gedragen, kan er enkel toe bijdragen dat het bestuur – in het kader van een zorgvuldige besluitvorming en met oog voor het gelijkheidsbeginsel – op eenduidige wijze gebruik maakt van de discretionaire bevoegdheid waarover het beschikt, wat de rechtszekerheid van de aanbieders van mediadiensten vergroot.

Hoewel verzoekster niet accepteert dat korte bumpers *per se* strijdig zijn met artikel 79 van het mediadecreet, ziet zij blijkbaar ook in dat het een goede *policy* is om aan de zijde van het zekere te blijven en zulke bumpers in beginsel niet meer uit te zenden. Zij heeft effectief aan de VRM, *nota bene* in het kader van haar verdediging in deze zaak, deze beleidskeuze meegedeeld. Reeds voordien, op 18 februari 2015, had zij meegedeeld de bezorgdheid van de verwerende partij over te korte bumpers te delen en had zij tijdens het overleg met de verwerende partij in een brief laten verstaan dat volgens haar “aan de doelstelling van het Mediadecreet en de Europese Richtlijn geheel voldaan wordt als de minimum duurtijd voor de bumpers op 2 seconden wordt vastgelegd”. In die brief verklaart zij zich bereid “een minimale duurtijd van 2 seconden te hanteren en op de beginbumper het woord ‘reclame’ te vermelden”. Ook deze houding spoort met de principiële vaststelling dat beneden een minimumduur van twee seconden het vermoeden gewettigd is dat de bumper voor de kijker verwarrend kan zijn.

23. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt voorts dat de verwerende partij in deze zaak niet blindelings haar beleidslijn toegepast heeft en, met de woorden van verzoekster, ervan uitgaat dat te korte bumpers “per definitie ‘te kort’ [zijn] voor het doelpubliek”, zonder aandacht voor de particuliere omstandigheden van de zaak. De beslissing refereert aan de beelden en het onderzoek van de onderzoekscel en blijkt onder meer rekening te houden met de effectieve duur van de bumpers en het gegeven of al dan niet het woord ‘reclame’ is vermeld en de verwerende partij heeft het ene en het andere met elkaar in verband gebracht om te besluiten dat de zeer korte beginbumpers in kwestie tot verwarring aanleiding kunnen geven. Voor de regulator spraken de concrete gegevens van de uitzending bijgevolg de toepassing van zijn beleidslijn niet tegen.

Het ligt dan op de weg van verzoekster om aan te tonen om welke reden – versta: ingevolge welke specifiek toegepaste visuele, akoestische of ruimtelijke middelen – in het concrete geval deze algemene gedragslijn toch niet tot een correcte beoordeling leidt, de reclame wel duidelijk herkenbaar is en onderscheiden van de redactionele inhoud en er dus reden is van de beleidslijn af

te wijken. Het volstaat niet aan te voeren dat de reclamebumpers voldoen aan het scheidings- en herkenbaarheidsbeginsel om de onwettigheid van de bestreden beoordeling aan te tonen.

24.1. In dat verband doet verzoekster gelden, eensdeels, dat de verwerende partij ten onrechte vaststelt dat er geen akoestische scheiding was tussen de redactionele inhoud en het reclameblok en, anderdeels, dat de gitaargeluiden, respectievelijk het ontbreken van audio, bijdroegen aan de scheiding met de voorgaande inhoud van de programmatie.

24.2. Akoestische scheiding is één van de bij artikel 79, § 1, van het mediadecreet bedoelde scheidingsmiddelen. Het houdt in dat de audio van de redactionele inhoud en de audio van de reclameboodschap van elkaar gescheiden zijn – er is geen samenhang, geen aaneensluiting, geen verbinding – en ook als zodanig onderscheiden kunnen worden. Het gekozen procédé om die demarcatie te realiseren is de bumper.

24.3. De vaststelling dat tijdens de uitzending van de bumpers de audio van het vóórgaande programma niet doorloopt, maar dat er een auditief contrast is tussen deze bumpers en de eraan voorafgaande redactionele inhoud, ontkracht op zich geenszins het uitgangspunt dat het hanteren van zeer korte beginbumpers aanleiding kan geven tot verwarring. Een van de voorafgaande redactionele inhoud onderscheiden auditief signaal – of stilte – in de bumper mag immers een noodzakelijke, maar daarom niet voldoende voorwaarde heten opdat er van een afdoende akoestische scheiding sprake kan zijn.

24.4. Wat de reclamebumper en reclamespot voor Gillette betreft, start muziek (gitaarakkoorden) bij de aanvang van de reclamebumper die doorloopt in de reclamespot. Een dergelijk procédé, in combinatie precies met de zeer korte duur van de bumper, kan bij de kijker verwarring veroorzaken en de noodzakelijke scheiding tussen de redactionele inhoud en het reclameblok neutraliseren.

24.5. Wat de reclamebumper en reclamespot voor Bpost betreft, is er eerst een stilte en start het gerinkel wanneer het logo van VTM wordt opgevuld met wat op muntstukken lijkt. Het gerinkel gaat voort wanneer het logo van VTM verdwijnt. Al is een stilte ook een akoestische scheiding en in principe een “valabel akoestisch contrast”, zoals verzoekster opmerkt, dan telt hier mee dat de bumper minder dan één seconde duurt en nog minder lang stilte omvat, want aan het einde begint al het geldgerinkel, wat in die omstandigheden vanuit oogpunt van een kijker als het ontbreken van een akoestische scheiding mag worden beschouwd; de stilte duurt immers niet lang genoeg om een herkenbaar effect te hebben als stilte.

24.6. De stelling van verzoekster dat de bumper “neutraal” is en de reclame pas begint “nadát de bumper zijn normdoel heeft bereikt” en “zijn bumperfunctie heeft vervuld”, spoort niet met deze feitelijke gegevens. De verwerende partij mocht oordelen dat er in beide gevallen van een akoestische scheiding geen sprake is, althans niet om als afdoende scheidingsmiddel in aanmerking te komen.

25. Dat de bumper ‘bpost’ geen vermelding ‘reclame’ bevat is voor de verwerende partij geen reden geweest om verzoekster te penaliseren, zoals zij betoogt, maar wordt door de verwerende partij vastgesteld om ten overvloede kracht bij te zetten dat een zeer korte bumper tot verwarring aanleiding kan geven. Het feit, ten slotte, dat de bumper ‘Gillette’ wel de vermelding ‘reclame’ bevat, zonder dat dit verplicht is, doet niet af aan de vaststelling dat het ook hier om een zeer korte bumper gaat die, als gezien, om die reden geacht mag worden potentieel verwarring te zaaien ongeacht of de vermelding ‘reclame’ is toegevoegd.

26. Besluit van wat voorafgaat is, dat verzoekster niet ontkracht dat uit de zeer korte duur van de beginbumpers reeds mag worden afgeleid dat een dergelijke korte vertoning niet tot een duidelijke scheiding leidt en tot verwarring aanleiding kan geven. Deze minimale tijdsduur mag als een deugdelijk motief

worden aangezien om een inbreuk op artikel 79, § 1, van het mediadecreet vast te stellen.

27. In zoverre is het middel niet gegrond.

d. de verweving van bumpers met de reclameboodschap

28. Ook op nieuwe reclametechnieken zoals *splitscreen* reclame, interactieve reclame of virtuele reclame moet het scheidingsbeginsel blijven gelden, zoals de Raad van State reeds heeft uiteengezet in zijn arrest nr. 220.919 van 9 oktober 2012 *sub* 25, zodat de vraag of het gebruik van de reclamebumpers in kwestie met zogenaamde verweving zo een nieuwe techniek is, niet ter zake doet.

29. Tussen partijen is er geen onenigheid dat de verweving van een bumper met de erop volgende reclamespots niet op algemene wijze verboden is door artikel 79 van het mediadecreet. Die vaststelling staat reeds met zoveel woorden te lezen in punt 10.1 van de bestreden beslissing. Ook de Raad van State kan zulk verbod in dit artikel niet lezen. Hierdoor vervalt de noodzaak om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie die uitgaat van de tegenovergestelde opvatting.

30. Volgens verzoekster is zij echter wel onder het mom van zo een algemeen verbod beboet, zodat de bestreden beslissing om die reden van artikel 79, § 1, van het mediadecreet een verkeerde toepassing maakt.

31. In de reeds ter sprake gekomen beleidslijn van 9 maart 2015 stelt de verwerende partij over de verweving:

“Er is geen duidelijk herkenbare afbakening van reclame en redactionele inhoud wanneer de beginbumper is verwerkt in de redactionele inhoud of in een reclamespot of wanneer de beginbumper een sponsoringboodschap bevat.”

De mededeling van dit standpunt helpt de omroeporganisaties te begrijpen hoe de regulator zijn vrije beoordelingsmarge zal uitoefenen bij de vraag of er van een voldoende of onvoldoende scheiding sprake is. Evenwel verhindert dit standpunt de verwerende partij niet dat zij steeds een onderzoek *in concreto* zal moeten uitvoeren en dat zij de reclamespots rechtstreeks dient te toetsen aan artikel 79, § 1, van het mediadecreet. Het standpunt ingenomen door de verwerende partij mag dan ook niet als een absoluut verbod worden aangezien.

32. In de bestreden beslissing stelt de verwerende partij hierover het volgende:

“Dit is ook het geval voor het gebruik van reclamebumpers die visueel worden verweven met de daaropvolgende reclamespot. Dergelijke bumpers zorgen niet voor een duidelijk herkenbare afbakening van reclame en redactionele inhoud.”

33. Louter zelfstandig gelezen, kan deze passus de indruk wekken dat een blinde toepassing is gemaakt van de beleidslijn, die op haar beurt de indruk kan wekken als een algemeen verbod te zijn opgevat. Die indruk zou, indien gewettigd, meebrengen dat artikel 79, § 1, van het mediadecreet is geschonden.

De betrokken passus is echter geen afzonderlijke, op zichzelf staande beslissing en moet noodzakelijk contextueel worden gelezen, namelijk in het licht van de concrete gegevens van de zaak die bij de regulator ter beoordeling voorlag en met inachtneming van de in zijn beslissing eraan voorafgaande vaststellingen. Waar de regulator met andere woorden in de geciteerde passus verwijst naar “[d]ergelijke bumpers”, dan zijn dat welbepaald de in geding zijnde bumpers, waarvan reeds is vastgesteld dat ze zeer kort zijn.

34. Verzoekster omschrijft in haar memorie van wederantwoord (nr. 12) de verweving als een beeldtechniek die wordt gebruikt “om reclame-inhoud te presenteren aan het publiek in de loop van de uitzending van de (neutrale) reclamebumper” en als een techniek “die enerzijds de reclamebumper (deels) voortzet, en anderzijds een (vaak speels) reclame-element toevoegt aan

het beeld”. In die memorie van wederantwoord noemt zij het fenomeen ook “bumpersponsoring”, allicht omdat het merk in de bumper is geïntegreerd en de bumper het merk dus mee “sponsort”.

De akoestische en optische verweving van een dergelijke zeer korte beginbumper met het reclameblok, in het bijzonder met elementen die refereren aan de herkenbaarheid van het product in de eerste positie van het erop volgende reclameblok, kan evident op gespannen voet staan met de eis van herkenbare afscheiding van reclame zoals neergelegd in artikel 79, § 1, van het media-decreet. De term ‘reclame-inhoud [...] presenteren aan het publiek’ botst immers met de notie ‘neutrale’ bumper, als ze in éénzelfde zin worden samengebracht.

Dat de verweving niet beoordeeld mag worden vanuit wat verzoekster een “ex post perspectief” noemt, valt de Raad daarom niet bij. Zoals de regulator, is ook de Raad van oordeel dat, in geval van de thans in geding zijnde zeer korte bumpers, de audio die en het beeld dat doorloopt van de bumper in de reclameboodschap, des te meer indien daarenboven het merk geïntegreerd wordt in de bumper, voor de kijker verwarrend kan zijn en het (onder)scheidend vermoeden, de stootbalkfunctie van de bumper verwatert of zelfs elimineert.

35. Dat voor de verweving een afzonderlijke inbreuk is vastgesteld en ook een afzonderlijke geldboete is opgelegd, doet niets eraan af dat de VRM de bedoelde verweving heeft beoordeeld in de concrete context. Die context is niet, bijvoorbeeld, een bumper die gedurende vijf of minstens twee seconden beeldvullend en met aparte audio de tekst ‘reclame’ toont. Louter retorisch en niet ter zake dan ook, vraagt verzoekster in de memorie van wederantwoord welk probleem er rijst “indien een bumper wordt verweven met de navolgende reclame, als tegen het moment dat de verweving begint, de kijker al genoeglijk op de hoogte is gesteld dat de redactionele inhoud ten einde is en een reclameblok begint”. Het zijn in de voorliggende zaak nu eenmaal bumpers die, zoals in dezelfde beslissing eerst is vastgesteld, bijzonder kort zijn en daardoor reeds verwarrend. Zo kort, dat van een “aparte” en voltooide herkenning van de bumper of van de

audio (gitaarakkoorden of geldgerinkel) bij een kijker geen sprake is en deze onbewust de bumper met de erop volgende reclameboodschap riskeert te vereenzelvigen. De Raad valt dus niet bij, zoals verzoekster stelt, dat deze verweving het “nuttig effect” van de bumper zou hebben verlengd met de duur van de verwevingsfase, integendeel.

36. In zoverre is het middel evenmin gegrond.

e. beoordeling van de zelfpromotiespot

37. Verzoekster bekritiseert nog het volgende motief:

“Het feit dat – in het geval van de reclamespot voor ‘bpost’ – er een zelfpromotiespot tussen de reclame en het programma is gevoegd of dat de beginbumper geen audio van een reclamespot zou bevatten, doet daaraan geen afbreuk.”

38.1. Anders dan verzoekster betoogt, stelt de verwerende partij met deze beoordeling niet dat deze elementen niet relevant kunnen zijn. Zij stelt enkel dat deze gegevens de beoordeling niet kunnen verhinderen dat de scheidings- en herkenbaarheidsvereisten werden geschonden door de korte duur van de reclamebumper en de verwevenheid met de reclamespot.

38.2. Wat de vaststelling met betrekking tot de audio betreft, is hiervóór reeds vastgesteld dat verzoekster geen elementen aanvoert waaruit blijkt dat deze beoordeling onwettig zou zijn.

38.3. Wat de vaststelling met betrekking tot de zelfpromotiespot betreft, merkt verzoekster in het inleidend verzoekschrift (nr. 32) enkel op dat de reclamebumper ‘bpost’ werd voorafgegaan door een zelfpromotiespot, “hetgeen de graad van scheiding tussen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame nog accentueert”. Overigens merkt zij eveneens op dat ook de beginbumper ‘Gillette’ de ene keer werd voorafgegaan door een zelfpromotiespot en de andere keer door een sponsorboodschap “hetgeen de graad van scheiding tus-

sen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame nog accentueert”. In nr. 39 van het inleidend verzoekschrift voegt zij daar enkel aan toe:

“Het feit dat de tweede reclamebumper (‘bpost’) werd voorafgegaan door een zelfpromotiespot is weldegelijk relevant. De voorafgaande zelfpromotiespot is immers van aard om de graad van scheiding tussen de eigenlijke redactionele inhoud, de bumper en de reclame te accentueren.”

In de laatste memorie stelt verzoekster hierover dat zij “dit punt in extenso beargumenteerd [heeft]”. Het is een omschrijving die de Raad niet kan bijvallen. Uit wat verzoekster in het inleidend verzoekschrift heeft geschreven, kan enkel worden begrepen dat zij het met de regulator op dit punt oneens is, maar zij laat na om toe te lichten waarom de VRM ten onrechte besluit dat de voorafgaande zelfpromotiespots of sponsorboodschap hem tot geen ander oordeel moest brengen.

Voor zover verzoekster in de memorie van wederantwoord (nrs. 36-38) wel daartoe een poging zou ondernemen, is dit laattijdig en niet ontvankelijk. Voor zover zij in de memorie van wederantwoord eraan toevoegt dat zij deze argumenten reeds aan de regulator had voorgelegd en er in de beslissing geen antwoord op leest, geeft zij aan het middel daarenboven een nieuwe, eveneens onontvankelijke nieuwe onderbouwing.

39. Ook in zoverre is het middel voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

f. de “vergewisplicht” van de verwerende partij

40. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster na inzage van het administratief dossier dat er geen spoor is van enige concrete evaluatie door de algemene kamer van de VRM van de betrokken reclamebumpers.

41. In de bestreden beslissing wordt verwezen naar de beelden en het onderzoek waarbij de betrokken beelden worden beschreven. De beschrijving

van de bumpers door verzoekster, op de bladzijden 12 en volgende van het inleidend verzoekschrift, spreekt die feitelijke vaststellingen niet tegen. Een vertegenwoordiger van verzoekster werd door de algemene kamer van de VRM gehoord op 27 april 2015. Het verweer van verzoekster wordt in de bestreden beslissing weergegeven en verzoekster beweert in het inleidend verzoekschrift niet dat zij haar standpunt niet daadwerkelijk schriftelijk en mondeling heeft kunnen verdedigen noch dat op een argument geen antwoord zou zijn gegeven. De verwerende partij heeft, na beraadslaging op 11 mei 2015, op grond van eigen motieven een eigen beoordeling gemaakt.

Hieruit blijkt dat de regulator zelf een eigen onderzoek en beoordeling heeft gevoerd alvorens het standpunt van de onderzoekscel te volgen.

42. Of de “vergewisplicht” een ontvankelijk middel is dat inhoudt dat de regulator zelf de beelden moest bekijken en vervolgens of hij dat al dan niet heeft gedaan, behoeft niet te worden onderzocht.

Verzoekster heeft immers niet kunnen aantonen dat de verwerende partij met de bestreden beslissing de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen heeft geschonden – inzonderheid omdat uit de beelden zou moeten blijken dat haar beoordeling niet zou uitgaan van de juiste feitelijke gegevens, zij die gegevens niet correct zou hebben beoordeeld of op grond daarvan niet regelmatig tot haar besluit is kunnen komen. Verzoekster heeft dan geen belang om aan te kaarten dat die beslissing mogelijk louter op stukken is genomen.

g. coda

43. Het middel is, voor zover ontvankelijk, in geen van zijn onderdelen gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juni 2017, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,

Bruno Seutin, staatsraad,

Bert Thys, staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters, griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren